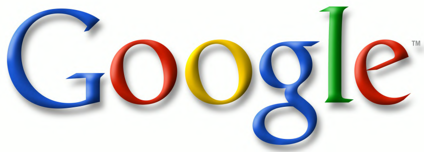
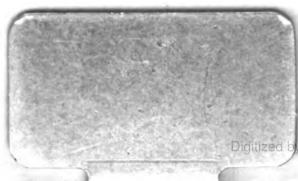




KUNTZE

In obligationibus bilateralibus

1851



IN

OBLIGATIONIBUS BILATERALIBUS

AD UTRUM CONTRAHENTIUM

OBLIGATIONIS PERICULUM PERTINEAT?

DISSERTATIO

INAUGURALIS JURIDICA,

QUAM SCRIPSIT

ET

ILLUSTRI ICTORUM ORDINIS

AUCTORITATE

PRO SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS

RITE CAPESSENDIS

DIE XXIII. MENS. OCTOBR. A. MDCCCLI

H. L. Q. C.

PUBLICE DEFENDET

JOANNES AEMILIUS KUNTZE

GRIMMENSIS

JURIS UTRIUSQUE BACCALAUREUS, ADVOCATUS ET NOTARIUS PUBLICUS.

LIPSIAE

EX OFFICINA BREITKOPFII & HAERTELII.

5/12/21.

AVUNCULO CARISSIMO

GUSTAVO THEODORO FECHNER

DOCTORI PHILOS. ET LIBERALIUM ARTIUM MAGISTRO, MEDICIN. BACCALAUREO, PROFESSORI PHYSIC. IN LITERAR. UNIVERS. LIPSIENSI ORDINARIO,

VIRO AMPLISSIMO, DOCTISSIMO

FAUTORI SUMME REVERENDO, EGREGIE DE SE MERITO

HUNCCE LIBELLUM

PIETATIS GRATIQUE ANIMI DOCUMENTUM

ESSE VOLUIT

AUCTOR.

In obligationibus bilateralibus ad utrum contrahentium obligationis periculum pertineat, disquiritur.

SECTIO I.

Quaestionis propositae ratio circumscribitur et quomodo ab aliis sit tractata, brevi exponitur.

§ 1. Conventionum disciplina ita ad nos a Romanis pervenit, ut ex indefinito earum conventionum numero, quaecunque commercii rationibus et negotiationum vicissitudinibus desiderantibus gignuntur ac procreatae excoluntur, perpaucae ad firmiorem formam structuramque politiorem elaboratae, technicis denotatae nominibus ac specialibus regulis munitae exstent. Proinde ubicunque de eo agitur, ut conventionum doctrina ad certa juris fundamenta et normas generales reducatur, atque ut inter diversas velutique dispersas regulas ultima vel suprema decernendi principia reperiantur: palam est, disquirendi initium ab illis conventionum quasi fastigiis ac paene principibus esse capiendum. Quae cum ita sint, commentatio ita procedat mea, primo ut ipsos juris Romani fontes perlustrans quid in singulis ibi conventionibus de quaestione sit nostra edictum, animo ingenuo et incorrupto pernoscam; dein vero, sitne generale inde derivandum principium, et quale hoc sit, definiam, ac postremo de principio via ac ratione composito ad contractus eos, ,,quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt'', (innominatos) accommodando pauca verba adjiciam. Ecce totius disquisitionis adumbratam imaginem!

§ 2. De quaestione nostra quandoquidem multae ortae sunt controversiae, et disceptationes inde proficiscentes modo latius vagabantur, modo in arctiores fines compactae singulas tantum totius argumenti partes comprehendebant: priusquam ad ipsum materiae perlustrandae tenorem accedam, fines materiae definiisse expedit.

Conjungi solet quaestio nostra cum disquisitione totius doctrinae, quae est de damno casu dato, de casus periculo, sive in obligationem deducta sive citra obligationis nexus posita specie. Quae quaestio ita circumscripta latius patet; luculenter enim de Wächter [1]) aliam rationem extra obligationem valere, aliam obligationis nexu supposito, demonstravit; quum quidem illic nulla alia esse norma videatur, quam ut casum sentiat dominus, hic vero alia principia sint proponenda et propriae emergant quaestiones. Quippe enim in obligatione de eo agitur, altero ex duobus contrahentibus, quominus obligationem impleat, per rerum naturam impedito, maneatne suo loco obligationis nexus, an totus perimatur. Sed ne obligationes quidem omnes disputatio mea complectetur, quum aliud in obligationibus unilateralibus, aliud in mutuis valere existimem, et quum in hisce posterioribus totius controversiae caput et apicem esse eluceat, disquisitionis fines ad mutuas obligationes restringam.

Quae cum ita sint, totius a nobis perlustrandae materiae summam sic placet comprehendere: In contractibus mutuis (v. bilateralibus aequalibus v. onerosis) quum uterque contrahentium alterius exstiterit et debitor et creditor, alter vero eorum, ac nulla quidem culpa morave ipsius interveniente, quominus obligationi ex sua parte satisfaciat, per rerum naturam impediatur: utrum alter nihilominus illi obligatus maneat, an totum exstinguatur obligationis mutuae vinculum, ut alter quoque ea liberetur; itaque ubi de re pro re praestanda agitur, si alter casuali rei tradendae interitu e nexu dimittitur, pergatne alter, cui solvendi non est ademta facultas, adstrictus teneri, annon,

1) *Archiv f. civ. Prax.* Bd. XV. p. 109. 110.

vel ut brevi dicam: post perfectum contractum mutuum cujus sit obligationis periculum, anquiretur.

§ 3. Eos, qui de quaestione proposita scribentes communem dijudicandi normam statuere ac prosequi omnino studuere, quum perlustramus, duo licet decertantium castra discernere; altera eorum, qui uno contrahentium impedito alterius tamen, cui praestandi potestas servetur, obligationem remanere; altera eorum, qui altero prohibito etiam alterum obligatione liberari contendant. Jam vero ad pertractandam quidem hancce quaestionem quum omnes scriptores a contractuum gravissimis profecti sint exemplis, et sane aliud de emtione venditione, aliud de locatione conductione in fontibus juris Romani edictum esse videatur: altera disputantium pars normam quaestionis solvendae ex iis praeceptis, quae de emtione venditione in fontibus proposita apparent, sumere non haesitat, altera vero in iis, quae de locatione conductione ibi docentur, acquiescens hic supremam omnium contractuum mutuorum dijudicandorum normam ac rationem expressam inveniri existimat. Ad quod accedit, ut in omnibus fere, quae huc quadrent, contractibus loci quidam legales reperiantur, qui contrariam adversariis sententiam adminiculari ac prope probare videantur, ideoque ab iis ICtis, quibus impedimento esse illos locos opinio esset, pari studio nec pari tamen ingenio et eventu flexi, praestricti et ipsorum usui ac sententiae adaptati sint. Unde evenit, ut, quia desiderium non deficiebat inter retia interpretationum istarum complicata ac paene perturbata ducis et gubernatricis habendae, alii aequitatis suadentis ratione se commoveri [1]), alii summi juris rigori se inniti professi sint; illi igitur locationis conductionis tanquam principale exemplum esse, hi vero emtionis venditionis praeceptis sanam inhaerere et probabiliorem normam arbitrentur.

---

1) cf. A. Faber, *Conjectur.* II, 4. Cujac., *Tractat. ad Afric.* lib. VIII. ad leg. 33. Dig. locati. Brunnemann, *Comm. ad Pand.* ad l. 14. Dig. (XII, 5), sub No. 18. Borcholten, *Comm. ad Instit.* ad § 3. (III, 23) sub 3. 4. Glück, *Erläuter. der Pand.* Bd. IV. p. 373. Bucher, *Recht der Forderungen* § 47. Burchardi, *Lehre von der Wiedereins.* § 9. p. 112. Mühlenbruch, *Lehrb. d. Pand.* Bd. II. §. 365.

§ 4. Ergo id quidem perspicuum est, controversiam illam inter ICtos saepe agitatam esse multasque in utramque partem disputantium turbas exstitisse. Quos tantum abest ut omnes enumerem ac perlustrem, ut ex recentioribus eos solos breviter attingam, qui propriam disertius exposuerunt sententiam. Quare commemorasse hic sufficiat, et Cujacium et Vultejum in contrarias sententias diversis operum locis esse distractos[1]), Thibaut, antea strictiori sententiae deditum in novissimis Pandectarum suarum editionibus in contraria descivisse castra[2]), Mühlenbruch et Hepp inter utramque rationem ancipites fluctuare[3]), Rosshirt et de Vangerow de communi aliquo principio construendo prorsus desperasse videri[4]). Praetermittam etiam diversa conciliandarum inter se legum Justinianearum pericula ab ingeniosissimis ICtis Antonio Faber, Merillio[5]) aliis facta.

§ 5. Primum hic et aetatis et diligentiae locum tenet de Wächter (*Archiv f. civilist. Prax.* Bd. XV. No. 6. 9.), cujus haud minima laus est, quod, haecce fontium locutiones quid sibi velint: ,,mihi rem perire, ad me respicere periculum in obligatione, me securum esse'' et quae sunt alia, luculenter ostendit simulque illa dicta ,,casum sentire dominum'' et ,,speciem debitam casu perire ei, cui debeatur'', necnon eam regulam, quae de exceptione non adimpleti contractus proponi soleat, ad dijudicandam quaestionem nostram non pertinere, recte demonstravit. Quod tamen ipsa principia, quae quaestioni de periculo

---

1) Cujac. in tractat. ad Afric. sub VIII. ad leg. 33. Dig. locati et in recitat. in libr. IV prior. Cod. ad IV, 48 (edit. Prat. tom. 9. p. 2556) aequitatis rationem respicit, ceteris locis (de quibus cf. *Arch. f. civil. Pr.* XV, p. 190. Not. 3) in rigore juris summi acquiescit; Vultejus in Comm. ad Inst. III, 24. sub No. 71. ei se tradidit sententiae, quae legi 33. cit. supposita videtur, in ,,Jurisprud. Romana'' vero, libr. I. c. 35 (ed. 9. § 1841) et libr. I. cap. 61 (§§ 3418. 3419) contrariam adoptat. — 2) *System,* ed. 8. § 478. III. 2. B., ed. 9. § 407. — 3) Mühlenbruch, *Lehrb. des Pand.-Rechts,* Bd. II. § 365. Hepp, *Die Zurechnung im Gebiete d. Civ.-Rechts* S. 31 sq. — 4) Rosshirt, *Zeitschr. f. Civ.- u. Crim.-Recht* Bd. II. S. 374 sq. de Vangerow, *Leitfaden* Bd. III. § 591. — 5) Faber, *Conjectur.* II, 4. Merillius, *Observat.* VI, 6.

1) *Lehrb.* §. 365 Not. 5.

obligationis propositae injungere tentat, attinet, prorsus me ab eo alienum esse negare non possum. Rectissime enim jam Mühlenbruch, quem secuti sunt de Madai [2]), de Vangerow [3]), alii, animadvertit, ex iis, quas de Wächter proposuit, normis „Impossibilium nulla obligatio" et „casus a nemine praestantur" hoc tantum decerni, eum, qui, quominus praestet, rerum natura impediatur, obligatione liberari, alteram tamen quaestionem, et eam quidem gravissimam, an alterius obligatio maneat, in suspenso relinqui. Quocirca in eo quidem principalem Wächteri errorem verti existimo, quod eandem de unilateralibus obligationibus statuit normam, quam de mutuis. Utriusque generis diversissima esse mihi videtur ratio. Ut speciei debitor casuali ejus interitu obligatione liberetur, e rerum natura sequitur et ipsa ratione evincitur; quod sic exprimi solet: impossibilium nullam esse obligationem, nec a quoquam casus unquam praestari. Quibus praeceptis non nisi hoc doceri videtur: (speciei) debitorem neque ad ipsam rem tradendam neque ad damnum praestandum teneri creditori. Quae praecepta, quum in obligationes mutuas transferuntur, non ampliorem recipere vim possunt, verum hic prorsus nova potius emergere quaestionis ratio mihi videtur [4]); habemus enim hic duos debitores eosque sibi contrarios eosdemque creditores sibi mutuos, et quaestio inde oritur, quemnam habeat liberatio illa alterius debitoris effectum in totum obligationis nexum; an qui debitor esse desierit, idem alterius remanere possit creditor? Quamobrem quaestionem hic habemus obligationibus mutuis propriam, nullo alio casu occurrentem, ideoque, ut mihi videtur, ex ipsa obligationum mutuarum natura atque indole solvendam. Omnes conatus quaestionis nostrae ex latiore regula (et simplices simul obligationes complectente) decidendae nimis late patere neque ipsam quaestionis medullam attingere mihi videntur.

§ 6. Proxima ei, quam de Wächter proposuit, atque cognata sententia ea est, quam de Madai explicavit, nec dubito

---

2) *Lehre v. d. mora* § 45. S. 278. — 3) *Leitfaden* Bd. III. §. 591. S. 216. — 4) Similiter sentit Sintenis, *Das prakt. gem. Civ.-Recht* Bd. II. § 106. Not. 44. S. 466.

contendere, ambarum viarum idem esse principium. Uti enim de Wächter exposuit, in contractibus mutuis cui potestas servetur obligationis implendae, ei et officium remanere, altero sive impedito sive non impedito, sic et de Madai: obligationis periculum ejus esse, cujus perpetua sit obligatio, i. e. cujus obligatio de interitu rei praestandae non dependeat [1]). Ergo id quidem perspicuum est, commune ambobus ICtis esse hoc, quod praestationes contrahentium, e quibus obligationis nexus constat, disjungentes utramlibet obligationis partem altera solvunt et utramque per se stare ac manere existimant. Utriusque sententiae argumentum nihil aliud esse videtur, quam ut in mutuis contractibus uterque e contrahentibus, cui facultas praestandi remanserit, obligationi satisfacere cogatur, alterius nullo respectu habito. Ad quod accedit, quod de Madai regulam suam tam arctam construxit, ut ad multos contractus adaptari nequeat et multis fontium locis evidentissime adversetur. Ista enim regula, quod jam de Vangerow l. c. recte monuit, non solum cum iis locis pugnat, qui de locatione conductione rerum scripti inveniuntur, verum etiam ab iis omnino aliena est contractibus, in quibus neutrius contrahentis obligatio exsistit perpetua, ut in permutatione, ubi, si alterius praestatio impossibilis est facta, — nulla aut culpa aut mora interveniente — alter non prohibitus obligationi, quamquam non perpetuae, satisfacere impellitur.

§ 7. Etiam Wolff [1]) diversos de quaestione nostra fontium locos inter se conciliare studens disertissime locutus est, et rem ad simpliciorem quasi quendam et dilucidiorem conspectum ab eo redactam esse negari non potest. Imprimis in eo laudandus videtur, quod distinxit, utrum impedimentum obligationis implendae in persona debitoris vel creditoris (quaeritur, „per quem stet, quominus impleatur") repositum sit et utrum ipsum praestandi munus impossibile fiat, an acceptatio praestationis (*die Annahme der Leistungshandlung*, *das „Sich-leisten-lassen"*) a parte creditoris deficiat. Attamen quod in ceteris juris interpretibus reprehendendum est, emtionis et venditio-

1) *D. Lehre v. d. mora* §. 45. S. 277—283.
1) *Zur Lehre v. d. mora* S. 126—145.

nis peculiarem naturam eos non recte pernovisse, idem de Nostro dicendum. Obligationes enim, quaecunque ad ipsam rem (alienationis causa) tradendam directae sunt, quibus obligationes faciendi addit, ceteris contractibus opponit, neque ideo commune adipiscitur principium, sed digerit et componit tantummodo singulas species, quae singulis fontium locis tractatae leguntur, atque ita ad eum pervenit finem, qui generali normae prorsus contrarius est, imo duas proponit sententias, quae inter se sociari non posse, sed pugnare videantur.

§ 8. Etiam Sintenis [1]) quaestionem nostram perlustrans diversarum specierum copiam explanare, digerere et arte componere studet; cui in eo assentiendum jam monui, quod de obligationibus mutuis proprias normas statuendas et rem ex ipsa mutuarum obligationum natura dijudicandam esse censuerit [2]). Quod autem ipsas obligationes attinet, ita distinguit, ut aliter eas, ex quibus simultanea praestatio utriusque contrahentis descendat, aliter eas, ubi altera praestatio ante alteram postulari possit, tractandas esse arbitretur; illas esse eas, quae ad rem praestandam (vel dandam vel ut haberi liceat, tradendam) tendant, has vero eas, quibus alia contineatur praestatio, veluti locationem et conductionem praedii [3]). At vero contra hoc primum monendum est, ratiocinationem istam cum regulis rationis pugnare; vix enim est, ut dicamus, si contractuum mutuorum duae disjungantur partes, quarum in altera hoc, in altera illud valeat, principium rei dijudicandae in ipsarum mutuarum obligationum natura verti. Eodem jure locatio et conductio mutuis obligationibus adnumeratur, quo emtio et venditio, earumque — solius mutuarum obligationum naturae respectu habito — nulla est differentia. Ad quod accedit, ut interna vix possit cogitari ratio, cur de locatione rerum — ut hoc utar exemplo — aliud valeat atque quod de venditione. Quod enim de locatione similibusque dicitur contractibus, utpote in quibus alterius

---

1) *Das prakt. gem. Civ.-R.* Bd. II. § 97. II, 5. S. 288 und § 106. E. S. 461—467. — 2) l. c. § 97. II. 5. und § 106. Not. 38. — 3) Eandem sententiam defendit von der Pfordten, *Abhandlungen aus d. Pand.-Recht* S. 323.

praestatio post factam demum ab altero praestationem peti possit, non ipsam internam obligationis naturam tangit, sed actionem tantum differt, neque ipsum ideo jus obligationis in suspenso relinquit, sed quominus actio utiliter intendatur impedit, cum reo exceptio non adimpleti contractus concessa sit [4]). Attamen id quidem perspicuum est, in nostra quaestione non de dilata actione, sed de existente vel evanescente obligationis nexu agi.

SECTIO II.

In singulis contractuum generibus quid jure Romano praescriptum sit, disquiritur.

§ 9. I. *De locatione conductione rerum.* Obligatio ex hoc contractu oriens conductoris colonive simplicissima est: mercedis justo tempore solvendae; locatoris autem est, efficere, ut conductori per certum temporis spatium re uti liceat, ideoque ut vacuam ei, qui rem nondum detinet, possessionem tradat reique per totum tempus potestatem faciat liberam. Jam vero quoniam genus perire non censetur, absolutum conductoris impedimentum obligationis implendae cogitari non potest; locatori vero multa possunt obstare, quominus aut rem omnino tradat [1]) aut fructuum usum impertiat. Et in hisce casibus quid juris disciplina dictat? Cessante facultate locatoris obligationis implendae etiam conductorem nexu liberari juris est manifestissimi: ita aedibus exustis ejus modo temporis, quo aedificium steterit, praestandam esse mercedem, docent l. 9. § 1. D. locati, l. 19. § 6., l. 30. § 1. eod., quibuscum comparentur l. 9. § 4., l. 25. § 2., et l. 27. § 1. D. eod. Imprimis lege 15. § 2. D. eod. „Si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: *oportere enim agrum praestari* conductori, ut frui possit" apertissime definitur, si locator, quominus ex sua parte satisfaciat, rerum natura impediatur, etiam conductorem obligationis vinculo exemtum esse; altera enim praestatio alte-

---

4) cf. Liebe, *Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proc.* Bd. XV, p. 234.

1) cf. l. 9. pr., l. 24. § 4. D. locati (19, 1).

rius est quasi compensatio, reciproca est utriusque obligatio, utralibet alteri annexa, utracunque ex altera pendens.

§ 10. Quibus perpensis id tamen animadvertendum, locos quosdam inveniri, ubi, quamvis conductor, quominus re conducta fruatur, impediatur, locationem constare constitutum est. Ita l. 61. § 1. D. locati ab eo, qui navem conduxerit ad frumentum suum transportandum, si onus commisso sublatum transportare et ad id navi nequeat uti, nihilominus locatorem vecturas utiliter exigere statuit. Et recte id quidem; quod enim locatoris fuit, a sua parte is praestitit: vacuam possessionem liberamque navis potestatem; sibi habeat conductor, si impedimento ab ipsius parte proficiscente per eum stetit, quominus oblatam praestationem accipiat, vel omnino accipere possit. In quam quidem sententiam etiam l. 27. § 1. D. locati attrahenda esse videtur, secundum quam si quis timoris non justi causa emigrarit, nihilominus mercedem debet; impedimentum enim, quod in ipsa conductoris persona occurrit, non respicitur, nihil valet ad obligationis nexum exstinguendum. Eorum ideo, quae adhuc exposita a nobis sunt, summa haecce est: in locatione conductione rerum, si, quod locatoris est praestare, rerum natura impeditur (sine ulla culpa morave), totus nexus solvitur; sin autem non ipsa praestatio, sed ejus acceptatio et usus a parte conductoris prohibetur, constat obligatio conductoris mercedis solvendae. Tota igitur in eo res vertitur, ut locator conductori potestatem faciat re utendi.

§ 11. II. *De locatione conductione operarum.* In hoc contractu quaestio nostra, altera praestatione impedita utrum contractus constet an extinguatur, non tam simplex indubitataque videtur, quam in rerum locatione conductione. Permulti enim reperiuntur dicentes, in omnibus faciendi obligationibus (atque ideo imprimis in operarum locatione) jus civile debitori ita favere, ut ubicunque, quominus factum promissum praestet, impediatur sine ipsius culpa, creditori casus recipiendus sit onusque ei pensionis solvendae remaneat. Sic Mühlenbruch[1]),

---

1) *Lehrb. des Pand.-Rechts* § 365. sub 4.

de Madai[2]), Schilling[3]). Alii idem in locatione operarum valere dicunt, quod in rerum locatione juris esse vidimus; ita Unterholzner[4]), Sintenis[5]), nullis tamen legibus muniti; alii, ut Westphal[6]), de Glück[7]), Puchta[8]), de Vangerow[9]) eandem sententiam citata l. 15. § 6. D. locati probari existimant; Wolff denique[10]) mediam inter utramque partem viam obtinens conductori periculum obligationis injungit, ubi impedimentum implendae obligationis in ipsa persona conductoris vertatur, locatori vero in omnibus ceteris casibus, proinde etiam ubicunque non a parte conductoris, sed ipsius locatoris impedimentum exstiterit, id est praestatio ipsa (non acceptatio ab altera parte) neque peragatur neque re vera offeratur.

Age dum! videamus, quaenam sit quum ex praeceptis juris fontium, tum ex ipsa rerum natura magis probanda sententia? Ac primo quidem animadvertendum est, nihil prorsus esse, cur de operarum locatione sit aliud atque de rerum locatione statuendum; utriusque enim in universum eadem est natura, eadem ratio; ac si contra juris rationem esse videtur, rei conductorem ad mercedem solvendam teneri, locatore propter impedimentum ipsi praestationi obstans praestare prohibito, non minus id juris disciplina dictare videtur, ut operarum conductor mercede solvenda levetur, si locator, operas quominus praestet vel omnino offerat promissas, ex sua parte impeditur. Aliter rem se habere, a Mühlenbruch ceterisque non probatum est neque probandi omnino factum est periculum. In dubio igitur, ac si non contraria sententia ex ipsis fontibus dilucidissime elucet, isti normae standum erit.

§ 12. Idcirco, quae sint ista legalia fundamenta, quibus Mühlenbruch ceterique, quos memoravimus, innitantur, ante omnia quaerendum nobis est.

1) L. 5. pr. D. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4) „Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad pro-

2) *Lehre v. d. mora* p. 281. — 3) *Lehrb. f. Inst.* Bd. III. § 234. sub t. — 4) *Lehre v. d. Schuldverhältn.* II. § 506. p. 346. — 5) *Prakt. gem. Civ.-R.* II. § 118. p. 674. — 6) *Lehre v. Kauf, Pacht* etc. § 937. p. 569. — 7) Theil XVII. § 1054. p. 416. — 8) *Pandecten* § 302. Not. h. — 9) *Leitfaden* II. § 528. p. 224. — 10) *Zur Lehre v. d. mora* p. 139.

ficiscendum conditio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quominus proficiscereris: an condici possit, videndum. Et cum per te non steterit, *potest dici*, repetitionem cessare: sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, *procul dubio* repetetur id, quod datum est“. Primo non est praetermittendum, ab Ulpiano non omnino contendi, repetitionem cessare, sed *posse* dici statuit; absolutum judicium in suspenso relinquit, quum alia exstet decidendi ratio eademque firmissima et clarissima; procul dubio enim licere repetere, cum poeniteat. Deinde animadvertendum, de locationis exemplo hoc loco sermonem omnino non esse, sed de contractu innominato quodam, qui ad mandati exemplum dijudicandus est; mandatum autem non est inter „bilaterales aequales“ contractus numerandum, etiamsi forte remuneratio promissa datave est.

2) Transeo ad l. 19. § 9. D. locati, qua, cum propter obitum conductoris, quominus praestet ei locator operas, impediatur, mercedem recte peti posse, Ulpianus respondet. Quae lex non omnino fidem contractus a conductore impleri dicit, sed de eo tantum casu judicat, si in ipsius conductoris persona, ab ejus parte impedimentum implendae obligationis existat. Neque igitur aliud quidquam statuit, quam quod de rerum locatione dicendum esse supra — cf. § 10. i. f. — probavimus.

3) Idem valet de l. 19. § 10. eod., quae dicit, salarium comitibus legati Caesaris praestandum, si iste ante finitum contractus tempus supremum diem obierit.

4) L. 15. pr. D. de op. libert. (38, 1) ad quaestionem nostram omnino non pertinet, quia de operarum obligatione liberti valetudine impediti, nec vero de mutuo contractu, nec de obligationis periculo agitur.

§ 13. 5) In l. 38. locati Paulus sine commemoratione singuli casus suppositi, formula quadam generali utens dicit: locatorem, *si per eum non* steterit, quominus operas praestet, mercedem accipere debere. Quo dicendi genere „per aliquem non stare“ modo impedimentum non in persona debitoris verti (ita ut opponatur: sed in rerum natura externa, vel etiam in ipsa creditoris persona), modo impedimentum nonnisi in ipsa persona creditoris verti significatur. Ille strictior (strictior:

quia plura sunt, quae opposita subintelliguntur et excluduntur) sensus inest formulae nostrae exempli gratia in l. 19. § 9. D. locati, nec minus in l. 23. D. de O. et A. (44, 7), de qua Wolff[1]) verba fecit, latior vero (latior: quia non solum impedimenta ex ipsa debitoris persona proficiscentia, sed etiam omnia reliqua exceptis iis, quae ex creditoris persona emanant, complectitur) in l. 23. § 1. D. de op. libert. (38, 1). Nec quidquam obstat, quominus latiorem vim formulae nostrae in l. 38. cit. vindicemus, ita ut significet: si nec per eum, nec per rerum naturam (*objective Unmöglichkeit*), *sed per conductorem* steterit, quominus obligatio impleatur, obligationem constare. Cui nec opponi potest, tum scribendum fuisse non „si per eum *non*", sed potius „*si non* per eum"; etenim in l. 19. § 9. cit. eadem verborum series legitur, quamvis ibi ipsam personam conductoris expresse opponi manifestissimum est. Exinde l. 38. cit. nihil aliud sibi vult, quam hoc: Si per illum, cui operae locatae sunt, stetit, quominus obligationi satisfiat, neque ideo per locatorem stetit, mercedem is merito petet vel retinebit. Quae interpretationis ratio eo magis firmatur, quod ejusdem legis § 1.[2]) eadem causa valde notatur „si *per eos non* steterit", ita ut subintelligendum videatur: sed per eos potius, qui rem gerendam advocatis mandaverant. Contrarium casum proponit l. 11. Cod. (IV, 6): „Advocationis causa datam pecuniam, si per eos, qui acceperant, quominus susceptam fidem impleant, stetisse probetur, restituendam esse convenit". Vario modo § 1. leg. 38. cit. interpretandae periculum factum atque imprimis dictum est: exceptionem de advocatis, quibus faveatur, statutam esse, ita ut honorarium petere vel retinere iis liceat, qualecunque impedimentum sine eorum culpa obligationi implendae obstet. Negari sane non potest, advocatis multa impertita esse jure Romano privilegia; nec tamen hoc loco ita esse, ex ea ratione, qua § 1. cit. principio hujus legis annexa est, concludam; „Advocati quoque", pergit Paulus, itaque eandem rationem posterioris esse sanctionis, quae prioris sit, utriusque idem fun-

---

1) l. c. p. 51. 60. — 2) „Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent."

damentum, eundem sensum esse dicit. Nec tamen ideo posterius commemorasse omnino supervacaneum erat, advocatorum munus quia non operarum locationis sed mandati est species; quare, etiamsi jam certum erat, operarum locatori mercedem petere licere, si per conductorem steterit, quominus obligatio impleatur, non ideo constabat, idem juris esse de honorario.

6) Reliquum est, ut legem 1. § 13. D. de extrao. cogn. (50, 13) perstringam, quae vel maxima crux fuit interpretum. Verba haecce sunt: ,,D. Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret". Puchta, de Vangerow, alii verbis ,,mortuo eo" occupati et his causam impedimenti exprimi rati legem sic interpretantur, ut advocatis privilegium concedat. Equidem Wolffio assentior, ita interpretanti, ut impedimentum causae agendae non in morte clientis, sed in alia re, nobis non prodita, vertatur, ac verba ,,mortuo eo" non rationem decidendi sed simplicem facti suppositi narrationem contineant et solummodo causam, cur heredes advocati, non ipse advocatus conveniatur, designent; supervacaneum hoc poterat videri, cum heredes non exstent nisi defuncti; sed meminisse oportet, in rescriptis, et ubicunque sententia speciei singulae suppositae adjungitur, quae facti sunt et quae juris, in verborum externa ratione ac structura non semper accurate distingui, ita ut saepissime jam factum sit, ut interpretes facti speciem pro juris summa medulla habentes a recta via longe declinarent. Ita in nostro quoque loco D. Severus ad relationem nuntiantis judicis vel precantis rei sese applicans facti speciem repetit, nullo juris repectu habito; ratio decidendi tunc demum sequitur; eadem est, quam in leg. 38. cit. legimus: ,,quia per ipsum non steterat, quominus". Ut hoc modo istam legem interpretemur, etiam eo adducimur, quod, ut Wolff l. c. rectissime jam monuit, non ,,per eum", sed ,,per *ipsum*" scriptum est, ex quo intelligi debet, contrarii cogitationem fuisse: non per ipsum, sed impedimento ex persona clientis jam ante mortem advocati existente. Adjuvatur quoque interpretatio nostra illa l. 38. § 1. ,,Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent", quae quomodo in-

telligenda sit, modo vidimus; in qua illustranda etiam demonstravimus, non supervacaneam fuisse hanc sanctionem, quia non de mercede locatoris quidem, sed de honorario advocati dubitatio poterat moveri, utpote de quo juris disciplina non ita pridem exculta appareret.

§ 14. Ergo id quidem perspicuum est, illis legibus eorum sententiam, qui putent, ubicunque sine ipsius culpa locator praestare prohibeatur, mercedem peti posse, nequaquam probari, quum omnes leges, quas memoravimus, nonnisi ea respiciant vel respicere intelligi possint impedimenta, quae ex ipsius conductoris persona descendant. — Sed in hoc acquiescere minime cogimur; habemus enim etiam certum nostrae sententiae testimonium in notissima illa l. c. 15. § 6. D. locati, quae quamquam rarissima verborum structura expressa est, tamen in ea parte, quae ad nos pertinet, extra omnem dubitationem esse videtur, et apertissime edocet, cum quidam nave amissa munere vehendi functus non sit, ei vecturam non deberi, expresse addens: „quod in omnibus personis similiter observandum est". Mühlenbruch hanc legem sic interpretatur, ut in isto casu lex contractus expressam conditionem, non deberi vecturam, nisi munere vehendi perfunctus sit locator, continuerit; at vero ubinam gentium talis contractus lex expressa vel tantum levissime indicata est? praetermitti nullo modo poterat, si ita conventum esset. Neque hoc dici potest, culpa locatoris navem esse peremtam, quia talem causam non expresse nominatam praesumere non licet. Itaque hoc constat, ubicunque locator ad praestationem efficiendam revera promtus paratusque non fuerit, mercedem ei non deberi.

§ 15. Quam sententiam Wolff[1]) ita restringit, ut mercedem deberi contendat, si praestatio impossibilis fiat propter impedimentum non ex locatoris quidem persona proficiscens, atque ita distinguat: impedimentum obligationis implendae aut e contrahentium ipsis personis proficiscitur, aut in rerum natura per se vertitur; si impedimentum ex ipsa locatoris persona emanat, mercedem nec petere nec retinere debet; si ex persona con-

---

1) l. c. p. 139. ict. p. 127.

ductoris, is mercedem debet; ac si extra personas in rerum natura (*objective*, *absolute Unmöglichkeit im Gegensatze der subjectiven*, *relativen*) positum est impedimentum, etiam ad conductorem obligationis periculum pertinet. Hactenus Wolff. Mihi vero haec distiuctio non modo naturali ratione ac vero principio carere, sed etiam ipsis juris fontibus contraria videtur. Lex enim **15.** § **6.** D. locati (cf. supra § **14.**) proponit, cum quidam nave amissa munere vehendi functus non sit, eum mercedem petere non posse. Ibi impedimentum memoratum non in ipsa locatoris persona, sed extra eam vertitur. Et porro! Pone, eum, qui operas locaverit suas in domicilio remoto conductoris praestandas, morbo oppressum repentino impediri, quominus obligationem impleat, ac praeterea finge, locatorem, quominus satisfaciat, eo impediri, quod propter magnam ac diuturnam fluminis inundationem illuc proficisci nequeat, ubi operas praestandas susceperit. Non intelligere possum rationem, quae evincat, ut priore casu locator impeditus (in ejus enim persona est impedimentum) mercedem petere non possit, altero vero casu, quo impedimentum adest extra personam et quod dicitur absolutum, possit. Utriusque potius speciei hoc commune est, quod ipsa praestatio prohibetur; conductor praestationem accipere (*sich leisten zu lassen*) promtus paratusque est, neque ex sua omnino parte aliquid obstat, sed locator offerre prohibetur operas; impedimentum non in ipsa persona sed tamen *ex parte locatoris* exstitit, neque enim paratus erat ad operas praestandas, quia paratus esse rerum natura prohibebatur. Utroque casu culpa vel dolus abfuit, utroque casu major vis, cui resisti non poterat, impedimento fuit; quod altero casu ipsa persona locatoris vi ista occupata, altero non occupata est, id non juris, sed facti tantum est, nec quidquam ad periculum obligationis huic alterive imponendum potest valere.

§ **16.** Ut igitur, quod adhuc demonstravi, repetam, ita res sese habere videtur: neque quod Mühlenbruch et, qui eum sequuntur, contendunt: semper deberi a conductore mercedem, cum sine culpa locator impeditus sit, neque quod Wolff dicit, ubicunque impedimentum non in ipsa persona locatoris vertatur, mercedem deberi, verum est. Sed ita potius distinguen-

dum est: impedimentum aut a parte locatoris aut a parte conductoris evadere potest; ex eo dijudicatur obligationis periculum, utrum ipsa praestatio an ejus acceptatio sit impossibilis, — utrum impedimentum locatori, quominus se paratum sistat operasque offerat, an conductori, quominus operas juste oblatas accipiat, obstet. Quare eorum impedimentorum, quae objectiva vulgo dicuntur, non eadem ratio est, sed quaerendum, utrum praestationi an acceptationi obstent. Non locus hic est, demonstrare, eam distinctionem ipsa rei natura et ratione naturali posci — quod infra exponere et probare studebo —; sufficiat nunc, demonstrasse, hancce sententiam meam ipsis juris fontibus inesse.

Prima est l. 15. § 6. D. locati, quae proponit locatorem nave amissa, quominus vehendi munere fungatur, impeditum et addit, ei mercedem non deberi. Eo minus deberi ei dici potest, si in ipsa locatoris persona impedimenti causa sita est, v. gr. si morbo affligitur locator. Reliquae vero leges, quae quaestionem nostram attingunt, impedimenta supponunt, quae aut in ipsa conductoris persona aut certe a parte ejus obstantia praestationem oblatam accipere prohibent. Ita, mortem conductoris in l. 19. § 9. 10. eod. impedimento esse, ponitur et hoc casu mercedem deberi dicitur; ita per consequens dicendum erit, si impedimentum, quod obstat, non in ipsa quidem persona conductoris vertitur, sed omnino a parte ejus proficiscitur, ideoque non praestationem, sed ejus acceptationem prohibet, mercedem deberi; ita si locator operas promisit per certum tempus praestandas, conductor vero in itinere aquarum eluvione vel ponte corruente retentus domum redire et operas, ad quas praestandas locator paratus fuit, accipere prohibetur. Nemo enim non concedet, hoc casu mercedem locatori parato ad praestandum deberi (si non ab alio mercedem eodem tempore acceperit). Quocirca ad id, a quo, tanquam a praesumtione, initium disserendi cepimus, nunc regressi sumus, idque probatum censemus, in operarum locatione idem juris esse, quod in rerum locatione. Locatore praestare vel se remque suam offerre prohibito merces cessat, conductore praestationem accipere eaque uti prohibito merces debetur.

§ 17. III. *De locatione conductione operis.* Si operae non singulae debentur, sed „universitas consummationis", non ipsae quasi vires et facultates, sed opus viribus et facultatibus redemtoris exstruendum, quaestio eadem movetur, cujusnam sit obligationis periculum. De Wening-Ingenheim [1]), de Buchholtz [2]), alii sine ullo discrimine operis locatori recipiendum esse obligationis periculum contendunt. Unterholzner [3]) dicit, si sine ulla redemtoris culpa re peremta opus impossibile factum sit, mercedem redemtori non deberi, nisi jam inchoatum perfectumve opus fuerit, nec tamen legem ad firmandam sententiam suam allegat, sed eam ex naturali ratione et analogia locationis operarum probari posse arbitratur. Cui Sintenis [4]) assentitur. Contra vero de Glück [5]), si res, propter quam operae praestandae sint, casu interierit, operis locatorem, quamvis redemtor obligatione liberatus sit, mercedem ei debere, ex l. 33. D. locati interpretatur.

Ante omnia meminisse expediet, operis locationem nonnisi speciem locationis operarum esse. Hoc tamen animadvertendum est, in operis locatione locatoris esse, rem, de qua elaboranda agitur, id est materiam praestare, ita ut, ea materia non praestita, conductori operis potestas obligationis implendae deficiat. Tale igitur impedimentum in locatione operarum, utpote cujus alia sit ratio, occurrere non potest; cetera vero impedimentorum genera, quae in operis locatione intervenire possunt, eadem sunt, quae et in operarum locatione cogitari possunt. Etenim fingere licet, ipsum redemtorem operis morbo oppressum, vel iis instrumentis, sine quibus opus promissum perfici nequeat, casu spoliatum, vel vi quadam majore extra suam personam prohibitum ad rem elaborandam (annulum ex auro accepto componendum, aedificium in fundo certo exstruendum) accedere non posse. Praeterea fingere licet, a parte locatoris (operis) impedimentum obstare, v. c. ille si vi majore impediatur, quo-

1) *Gem. Civ. R.* § 264. — 2) *Ztschr. f. Civ.-R. u. Proc.* N. F. VIII. p. 1. — 3) *Lehre von den Schuldverhältn.* II. § 509. p. 352. — 4) *Das prakt. gem. Civ.-R.* II. § 118. p. 679. — 5) *Erläuterung der Pand.* XVII. § 1054. p. 422.

minus redemtorem, a quo opus perficiendum jam sibi stipulatus est, de speciali operis exsequendi norma ac ratione, de aedificii exstruendi forma atque structura certiorem faciat. Ita eadem hic occurrit consideratio rei, quam in operarum locatione maximi momenti esse vidimus. Impedimenta aut a parte conductoris aut a parte locatoris proficiscuntur; aut oblatio praestatiove operarum locatori impeditur, aut conductori operarum oblatarum acceptatio est impossibilis. Neque alia distinctio in operis locatione exsistit. Sed quum in operis locatione singulare genus impedimentorum, ut ita dicam, intervenire possit, — dico interitum rei ipsius, circa quam tractandam locatio vertitur — quaerendum, utrum tale impedimentum a parte locatoris an redemtoris proficisci videatur. Responsio perfacilis est. Etenim locatoris esse, rem redemtori praeparandam praestare, jam demonstravimus; quod ita esse, ipsa rerum natura docet. Si igitur ejus rei potestatem non facit locator, vel facere non potest, sibi habeat; conductori ad opus suscipiendum promto paratoque non praestat, quod praestare debebat, ita ut impedimentum ex ipso proficiscens iis obligationis implendae impedimentis adnumerari oporteat, quae a parte locatoris obstare dicuntur neque eum mercedis solvendae obligatione liberant. Quae sententia non solum in universum rationi atque indoli locationis conductionis congruens est, verum etiam ipsis fontibus juris valde probatur. L. 33. D. locati enim ita loquitur: „Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes. Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilominus teneberis.“ Clarissimum argumentum! Africanus hoc dicit: Quemadmodum locator fundi ex conducto teneatur, si fundus nulla ipsius culpa interposita publicatus sit, ita neque operis locatorem obligatione mercedis solvendae liberari, etiamsi solo corruente redemtor opus praestare prohibeatur.

Denique animadvertendum est, nonnisi ipsius rei interitum alicujus momenti nobis esse; aliae quaestiones, quae in operis locatione de casu praestando moventur, v. c. si pars aedificii exstruendi diruatur, vel aliud impedimentum damnumve inter-

veniat, quibus tamen non ipsum opus plane impediatur, huc non pertinent. Nobis hoc dumtaxat quaerendum ac definiendum erat, sitne merces solvenda redemtore opus peragere plane prohibito.

§ 18. IV. *De contractu emphyteuticario.* Locationi rerum haud perquam dissimilis esse videtur contractus emphyteuticarius. Ad eum igitur inquirendum nunc aggredimur quaerentes, quid juris sit, si impedimentum obligationis implendae exsistat. Domini (emphyteuseos) est, fundum emphyteutae praestare, ut frui ei liceat in perpetuum (et emphyteutae et ejus successoribus); emphyteutae est, canonem solvere. Ea praestatio, quae emphyteutae est, quum in genere consistat, impossibilis fieri vix potest, neque igitur casum cogitare licet, quo in perpetuum ille impediatur, quominus obligationi satisfaciat. Domini vero quoniam est, potestatem emphyteutae facere, certa specie (fundo) utendi fruendi, multa fingi possunt impedimenta, quae obligationi implendae obstent. Quocirca quaerendum est, utrum a parte domini an emphyteutae impedimentum occurrat. Si a parte emphyteutae impedimentum exstitit, quominus fundo praestito utatur fruatur, canon debetur, dominus enim omnia praestitit, quorum praestandorum ex obligatione suscepit officium. Sin autem a parte ipsius domini obstat impedimentum, ita ut is fundum praestare prohibeatur (emphyteuta ad utendum fruendum paratus sit), quemadmodum in locatione rerum vidimus, et in l. 1. Cod. (IV, 66) a Zenone rescriptum esse legimus, cessat emphyteutae canonis pendendi obligatio, quia agri vectigales (in perpetuum) hac lege locantur, „ut tamdiu pro illis vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat.“ [1])

§ 19. V. *De emtione venditione.* Progredimur nunc ad principalem disquisitionis partem et, ut ita dicam, totius controversiae cardinem. Causam enim, cur ICti de quaestione nostra in diversas sententias abierint, in eo positum esse arbitror, quod emtionis venditionis propria natura et ratio non recte est intellecta. Unde probaturum me spero, de emtione venditione

---

1) l. 1. D. Si ager vectig. (VI, 3).

nihil aliud juris valere, quam quod de ceteris mutuis contractibus sancitum esse juris principium demonstravimus; eidem regulae et locationem et emtionem obnoxias esse.

Ad quod exponendum priusquam accedamus, eas leges juris Romani, quae ad nostram causam pertinent, proponemus, dein vero, qualis earum sit vis ac ratio, accuratius percontabimur.

§ 20. Propter l. 33. D. locati et legg. 12—14. D. de peric. rei vend. et trad. fuisse, qui contenderent, periculum rei ex tempore traditionis demum ad emtorem pertinere, antea vero ad venditorem, atque hanc sententiam simul ex aequitatis ratione deducere studerent, satis constat. Nihilominus et quamquam leges illae primo conspectu memoratam sententiam probare videntur, tamen inde ab omni tempore communis erat doctorum eaque rectior sententia, perfecta emtione periculum ad emtorem respicere et ante traditionem re peremta nihilominus emtoris obligationem pretii pendendi stare. Non locus hic est, demonstrare, quemadmodum leges illae, quas modo memoravi, cum ceteris fontium dictis possint conciliari, alia ab aliis interpretationis facta sunt pericula; nostrum hoc tantum est, regulam brevi declarare.

Et hic ante omnia l. 8. D. de peric. rei vend. (18, 6) nobis occurrit, qua Paulus de quaestione nostra ex professo, ut ita dicam, verba faciens sic incipit: „Necessario sciendum, quando perfecta sit emtio, tunc enim sciemus, cujus periculum sit. Nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet.“ Eandem firmant sententiam ipse Paulus in l. 34. § 6. D. de contr. emt. (18, 1), Africanus in l. 39. D. de solut. et liberat. (46, 3), Gaius in l. 35. § 4. D. de contr. emt., Ulpianus in l. 1. pr., l. 4. § 1. D. de peric. et comm. (18, 6) et l. 14. § 1. D. de furtis (47, 2), quibuscum § 3. I. de emt. vend. (3, 23) et legg. 1. 4—6. Cod. de peric. et comm. (4, 48) conjungendae sunt. Itaque et nos quidem ex ea sententia initium disserendi capiemus.

§ 21. Eorum, qui quaestionem nostram adhuc tractavere, haecce est ratiocinatio: Obligatio, quam venditor suscipit, in eo consistit, ut mercis emtori vacuam possessionem tradat et ita, ut habere eam liceat; quare duplicem praestationem imponi venditori, primo traditionem rei venditae, deinde ut evictionis

causa se obliget. Quod ad evictionem venditori praestandam attinet, infra ejus mentio facienda erit; nunc vero quid sibi velit officium venditoris rei venditae emtori tradendae, videndum.

Id quidem negari non potest, venditoris esse, emtori potestatem mercis possessionem adipiscendi facere, tamen principale emtionis momentum non puto in traditione emtae rei repositum esse, cum multi sane cogitari possunt casus, ubi emtoris voluntas nulla omnino est, possessionem naturalem, detentionem acquirendi, v. c. si consilium est, rem emtam tertio vendendi, qui eam a priore venditore statim accipiat, aut eam ipsi venditori locandi, et nihilominus dicemus emtionem venditionem impletam et ad effectum perductam esse. Quod autem alicui causae saepe deficit, ejus causae non est propria atque necessaria ratio, non est essentiale ejus momentum. Aliter in locatione conductione res sese habet; ejus enim peculiaris ratio in eo consistit ut conductor re ipsa utatur, et in eum finem eam detineat necesse est, quia sine possessione corporali usus cogitari nequit; atque si conductor rem conductam sibi tradendam non curat, nec ea omnino utitur, contractum non ad effectum perductum, non impletum esse dicemus.

Sunt fortasse, qui mihi opponant, multas inveniri leges, in quibus disertis verbis dictum sit, venditoris esse, mercem emtori tradere. Ita sane in l. 11. § 2. D. (19, 1) scriptum legimus: „Et imprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est ei tradere“, in l. 1. pr. D. de rer. permut. (19, 4): „Venditori sufficit, ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo“, in § 2. I. de donat. (2, 7): „Et ad exemplum venditionis nostra Constitutio eas (scil. donationes inter vivos) etiam in se habere necessitatem traditionis voluit: ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori.“ Sed videamus, quomodo vocabulum traditionis hic sit accipiendum: quod nos Ulpianus in l. 11. § 13. D. de act. emti docet: „Neratius ait: venditorem in re tradenda debere praestare emtori, ut in lite de possessione potior sit, sed Julianus probat, *nec videri traditum*, si superior in possessione emtor futurus non sit; erit igitur ex emto actio, nisi hoc praestetur“. Praeterea conferenda est l. 3.

pr. D. eod.: „Ratio possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, ut si quis eam possessionem jure avocaverit, *tradita possessio non intelligatur.*" Itaque haec est vis atque ratio vocis traditionis, ut sit: tradere cum effectu — in quem sensum l. 30. § 1. D. de act. emti dicit: „ut rem habere liceat" et l. 164. § 2. D. de V. S. „Habere, sicut pervenire, cum effectu accipiendum", l. 188. pr. D. eod. „Habere duobus modis dicitur, altero jure domini, altero obtinere sine interpellatione id, quod quis emerit" et l. 71. pr. D. eod. „Aliud est capere, aliud accipere; capere cum effectu accipitur; accipere, etsi quis non accepit, ut habeat; ideoque non videtur quis capere, quod erit restituturus". Unde intelligi debet, si dicitur, venditori incumbere necessitatem mercis tradendae, non de nuda detentione, sed de vacua et ab omni interpellatione libera possessione agi, et traditioni obligationem evictionis praestandae inesse; quemadmodum l. 52. § 1. D. de V. O. (45, 1) dicit: „Si quis vacuam possessionem tradi promiserit, *non nudum factum* haec stipulatio continebit, sed *causam bonorum*". [1]) Neque igitur de nudo facto traditionis ac detentionis agitur, sed de fine et effectu traditionis. Sive detentio mercis ad emtorem pervenit, sive apud venditorem remanet, sive tertio acquiritur: emtio venditio impleta videtur, neque effectu caret; contra vero ad implendam obligationem vehementer pertinet, ut sine interpellatione rem habeat emtor; simulatque enim, ut postea videbimus, merx evicta est, contractum emtionis evanescere et retractari juris est manifestissimi. Neque quidquam interest, utrum res quae evincatur [2]), jam tradita sit necne, ita ut etiam hic traditionem nullius momenti esse videamus. Quare perspicuum est, in nuda traditione principale obligationis momentum (*das Criterium der Obligation, der eigentliche Schwerpunkt der Leistungsverbindlichkeit*) nequaquam verti, sed in aliis rebus quaerendum, et quaenam hae sint, jam explicandum erit.

§ 22. Ad vim et naturam internam *perfectae* emtionis venditionis, qualis mihi revera esse videatur, exponendam et

1) Cujac. ad Tit. de V. O. et in comment. in libr. 19. tit. 1. D. „id est traditionem nudam, sed et effectum traditionis certum et ratum". — 2) L. 33. D. de evict. (21, 2).

stabiliendam nunc transeo. Non illam generalem significationem et effectum perfecti contractus in animo habeo, quibus contrahentes ita obligantur, ut neutri fas sit, ab obligationis nexu suo proprio arbitrio recedere, sed majorem peculiaremque illi actui inesse vim, probare studebo. Ad quam probationem praeparandam eas leges perlustrabimus, quae de vi atque effectu perfectae venditionis agunt.

§ 23. 1) § 3. I. de emt et vend. (3, 23) et l. 7. D. de peric. rei vend. docent, si post emtionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emtoris id commodum pertinere. L. 4. § 1. D. de usur. et fruct. (22, 1): si post contractam emtionem partus editus sit ancillae venditae, eum peti posse per emtorem. L. 13. et 16. Cod. de per. et comm. rei vend. (4, 49): post perfectum contractum fructus, etiam foetus, emtoris personam spectare. Et quum multis fontium locis sancitum sit, ut post perfectam emtionem omne commodum emtori cedere debeat, non dubitandum est, quin etiam thesaurus in fundo emto inventus ad emtorem pertineat, quatenus domino rei principalis accedat.[1]) Accedit, quod,[2]) „si quid ex operis servorum vel vecturis jumentorum vel navium quaesitum est, emtori praestabitur. Et si quid peculio eorum accessit (nec tamen si quid ex re venditoris);" ac praeterea „Si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui debet; hereditates quoque per servum acquisitae et legata omnia; nec distinguendum, cujus respectu ista sint relicta. Item quod ex operis servus praestitit venditori, emtori restituendum est".[3]) Ita in l. 38. § 5. et. l. 39. D. de hered. instit. (28, 5) scriptum est, venditorem etiam ante traditionem lucrum facere ejus servi, quem vendiderit, non debere, imo id praestandum, quod consequi venditor non potuisset, si, prius quam adiret servus hereditatem, is traditus esset.

§ 24. 2) Contra vero multae inveniuntur leges, quibus omnia onera atque incommoda post perfectam emtionem ad emtorem pertinere dictum est. Quapropter periculum interitus et

---

1) cf. Glück, *Erläuter.* XVII. § 1038. p. 192. Unterholzner, *Lehre v. d. Schuldverh.* II. § 470. p. 279. — 2) l. 13. § 13. D. de act. emti (19, 1). — 3) l. 13. § 18. D. eod. cf. etiam l. 31. § 1. D. eod.

deteriorationis (quae dici solet) ex l. 5. § 2. D. de resc. vend. (18, 5), l. 1. pr. et 15. D. de peric. et comm. (18, 6), l. 2. § 5. et l. 3. D. de hered. v. act. vend. (18, 4) emtorem spectat. Unde sequitur, ut si ipsa damna causam dant juris acquirendi, id jus etiam emtori acquiratur. Ita l. 14. pr. D. de furtis (47, 2) dicit: ,,Mandare venditorem plane oportebit emtori furti actionem et condictionem et vindicationem; et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare cum emtori oportebit'', et l. 13. § 12. D. de act. emti (19, 1): ,,Si quid rei venditae nocitum est, actio emtori praestanda est, damni forte infecti, vel aquae pluviae arcendae, vel Aquiliae, vel interdicti quod vi aut clam''.

Sic vidimus, quatenus merx ejusque accessiones et onera ad emtorem etiam ante traditionem pertineant; nunc perquiramus, quemadmodum venditor, licet rei venditae nec jam traditae dominium apud ipsum remanet, ejus rei respectu habito dijudicetur.

§ 25. 3) L. 3. D. de peric. et comm. (18, 6): ,,Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est; ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet''; et l. 14. pr. D. de furtis (47, 2): ,,Et sane periculum rei ad emtorem pertinet; dummodo custodiam venditor ante traditionem praestat''; quibus legibus multae aliae adjungi poterant idem statuentes; et Hasse, [1]) inter ICtos Romanos nullam fuisse de ea sententia unquam dubitationem, contra Löhr [2]) luculenter demonstravit.

Iisdem rationibus eae leges, quae sumtus, si qui ante traditionem in rem venditam facti sint, venditori restitui praecipiunt, inniti videntur. Quod docet l. 13. § 22. D. de act. emti (19, 1): ,,Praeterea ex vendito agendo consequetur etiam sumtus, qui facti sunt in re distracta; utputa si quid in aedificia distracta erogatum est; . . . et si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem, aut si quid in disciplinas, *quas verisimile erat etiam emtorem velle impendi;* . . . et si quid

1) *Die culpa des Röm. Rechts,* § 87. p. 429. und § 90. p. 462. — 2) *Beiträge zur Theorie v. d. culpa,* p. 188.

in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere", quacum conjungere licet l. 16. Cod. de act. emti (4, 49), l. 2. § 16. 17. D. de hered. v. act. vend. (18, 4). Nec levis momenti est l. 30. pr. D. de act. emti, quae docet, servus, quem de me cum peculio emeris, quum, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecerit, mihi rem oblatam non solum a te vindicandi jus, sed ea peremta etiam condictionem eo nomine adversus te esse: unde intelligitur, emtorem etiam re non tradita personaliter teneri de damnis, quae ex causa rei venditae venditori exsistant.

§ 26. Quibus omnibus legibus perlustratis et rationibus, ex quibus profectae sunt, accuratius perponderatis, natura ac vis *perfectae* emtionis aliter intelligenda esse videtur, atque solita adhuc est. Etenim quamquam venditor usque ad traditionem mercis et solutum pretium dominus mercis (si dominium rei omnino habuit) remanet, gravissimi tamen momenti est, qualis conditio venditoris sit respectu rei venditae habito. Perfecta is venditione speciei debitor evadit, dominus quidem quoad juris formam manet, sed interna quasi quaedam juris mutatio ita procedit, ut quoad materiam juris emtor mercem jam in bonis suis habere intelligatur. Nam causa rei, omnes vicissitudines rei venditae et quae interna ejus vi procreantur et quae extrinsecus ad eam, ut rem principalem, accedunt, ita ad emtorem, quamquam non traduntur ante solutum pretium, referuntur, quasi pars patrimonii ejus jam sint. Eo temporis momento, quo venditio perficitur, venditoris conditio plane mutatur, rem is a bonis suis reliquis secernit paratamque praestat, ut illico in bona emtoris transire possit; emtor vero jus adipiscitur, pretio soluto vel rite oblato rem venditam re vera acquirendi, vel mora a venditore facta in eum omne rei periculum transferendi. Itaque momento perfectae venditionis merx desiit esse quasi viva pars bonorum venditoris; sterilis est facta ejus proprietas, quasi inane ac vacuum corpus, quippe cum omnis causa rei vinculis quasi adstricta sit et emtori acquisituro reservetur. Antequam rem vendidit, ejus plenissimam habuit et liberrimam venditor potestatem, perfecta venditione emtori promittit, rem se ei servaturum neque alio modo de ea dispositurum; deponit igitur

promittendo potestatem de re juste disponendi, eas poenas subiturus, quae venditori, qui obligationi in se receptae non satisfacit, minantur. Dominium quidem non illico amittit, ideoque valet ea dominii translatio, qua per eum tertius aliquis dominus fit; utiliter manumittet servum jam venditum; sed ,,quoniam contractus fidem fregit, ex emto actione conventus, *quanti tua* (emtoris) *interest*, praestare cogetur'', itaque venditor rei venditae liberam potestatem indirecto modo amittit. Accedit, quod, ,,qui duobus in solidum eandem rem diversis contractibus vendidit'', poena falsi coercetur[1]), ita ut venditor lege minusquamperfecta, quam Ulpianus vocat, impeditus sit. Proinde negari non potest, vendendo conditionem domini longe pejorem et magis impeditam fieri; quam in conditionem venditor sponte descendit, ita quasi negativo modo praestationem perfecta venditione peragens.

Quamvis secundum formam juris venditor dominus maneat, tamen non in suum commodum proprietatem retinet, quamvis ei rei vindicatio, actio furti, condictio furtiva serventur, tamen non pro se eas instituit, sed quasi emtoris negotia gerens; et ad hunc ea referuntur, quae agendo impetrantur. Ejus, qui rem alieno nomine detinet, est, custodiam domino praestare: ita venditor ad custodiam emtori praestandam compellitur, proinde quasi emtor dominium jam impetraverit; res emta ita ad bona emtoris refertur, ut venditor quasi alienae jam rei detentor intelligatur. Porro: domini est, rem suam servare et sumtus servandi causa irrogatos solvere, atque dominus ei tenetur, qui negotia gerens pecuniam in rem, ne deterioretur vel intereat, impendit: ita venditor sumtus in rem venditam irrogatos ab emtore utiliter petit, quasi negotiis ejus gestis, et additur expressis verbis in l. 13. § 22. cit. ,,*quas verisimile erat etiam emtorem velle impendi*''. Denique ut onera rei ad dominum pertinere solent, sic omnia rei emtae onera ad emtorem pertinent. — Quibus perpensis dici potest, materialiter — sit venia verbo! — rem bonis emtoris adnexam videri inde a perfecta venditione; omnis rei causa ad emtorem ab eo momento pertinet, quamquam

1) L. 21. pr. D. de lege Corn. de fals. (48, 10).

ad externum effectum res nondum peracta est, quasi a conditione adhuc pendens; sed et venditoris et emtoris conditio longe alia est facta respectu mercis habito. Dominium quidem plenum domino reservatur, nec vero libera rei potestas; disponendi de merce jus emtori subjicitur pretium soluturo, ejusdemque voluntati adstringitur; sponte in talem descendit conditionem, qualem detentoris alieno nomine, qualem negotia aliena gerentis esse vidimus. In eo prima praestatio consistere videtur, quam venditor efficit; non externo exprimitur actu, non proprio peragitur facto, quia in externis nulla fit mutatio, mutatio jurium tantum est, neque separata ab ipso actu perficiendae emtionis procedit, sed pro rei natura ipsi huic actui quasi involuta est haecce praestatio eique ipso iure inhaerens. Quapropter evenit, ut propria haec vis et singularis ratio perfectae emtionis non accurate sit enucleata nec verum talis effectus fundamentum perquisitum. In eo acquirebant, ut perfecti contractus is sit effectus, ut contrahentium neuter proprio suo impetu a lege contractus possit recedere; in eo, ut, qui praeterea sequantur effectus perfectam venditionem, ex positivis juris normis profecti sint[1]; veram autem internam naturam perfectae venditionis non recte comprehendebant et radicem istorum effectuum praetermittebant. Hoc sane verum, Romanorum quoque ICtos radicem istam et internum juris principium non specialiter expressisse, nec tamen hoc mirum. Satis enim est notum, illos juris conditores ita jus composuisse et procreasse, ut singulas decisiones proponerent, communia tamen decidendi principia non tractarent[2]. Neque igitur hoc me movet, quod nonnullis fontium locis disertis verbis dicitur, ante traditam mercem *rem integram* esse; ita l. 2. D. de resc. vend. (18, 5): „Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisve emero; discessimus a priore emtiore. Potest enim dum res integra est, conventione nostra, infecta fieri emtio" et l. 2. Cod. quando liceat ab emt. disc. (4, 45): „Perfectam emtionem atque vendi-

1) Unde solummodo, ut hoc utar uno exemplo, intelligi potest, quemadmodum Löhr existimare potuerit, fuisse ICtos Romanos, quibus, custodiendae rei venditae necessitatem non incumbere venditori, placeret. — 2) cf. de Savigny, *System*, I. p. 383.

tionem re integra tantum pacto et consensu posse dissolvi constat," quacum cf. l. 1. Cod. eod. Namque intellectu haud difficile est, quaestionem hic nonnisi eam esse, sitne aliquid jam gestum, quod in externam rerum naturam cadat, ita ut contrario rursus actu, scilicet externo, resolvatur, an novo tali contrario non indigeat actu ad exstinguendum (aliumque substituendum) contractum. Atque hoc quidem etiam a nobis dictum est, in externa rerum natura nihil mutari perfecta emtione, mutari tantum quoad internam juris materiam et venditoris et emtoris conditionem.

§ 27. Duobus modis cogitare licet emtionem venditionem perfectam: aut ita, ut statim non periculum modo, verum etiam plenum dominium, vel potius id jus, quod venditor de ea re habuit, ad emtorem nudo consensu transeat, aut ita, ut apud venditorem usque ad traditionem remaneat. Qua priore ratione uti videmus Codicem legum a Napoleone promulgatum[1]) qui constituit: „La vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'est pas encore été livrée ni le prix payé." Quae ipso perfectae venditionis actu facta dominii in emtorem translatio simplicissima videtur esse et propriae naturae emtionis venditionis congruentissima, ut ita dicam, structura; nam isto perfectionis momento bona venditoris minui, emtoris augeri videntur. Si quid aliud statuitur, si praecipitur, venditorem dominum perseverare usque ad rem pretio soluto traditam: talis sanctionis causa non ex ipsa natura emtionis oritur, sed aliis rationibus subductis proponitur, aliunde sumitur; tale legum praeceptum non ex juris tenore ac propria vi, sed e rationibus aequitatis et cautelae proficiscitur aliisque a stricto juris principio alienis. Unde emergit structura totius nexus artificiosior et, ut ita dicam, contortior. Ad quam componendam juris conditores moti esse videntur primo ea causa, quod omnino transitum juris in re ipsi ejus rei traditioni annectere solent, ita ut dominium unacum detentione transferatur; deinde vero securitatem ven-

1) Code civil art. 1583. jct. art. 1138.

ditoris respexisse videntur, qui traditae mercis dominium quasi pignus solvendi pretii retinere queat. Ita factum est, ut, quamvis rem venditam jam quodammodo ad bona emtoris referendam esse censerent, tamen verum dominii transitum differrent et emtori jus vindicandi non prius concederent, quam pretium solutum esset. At vero etiam elucebit, hanc dominii apud venditorem retentionem non ex propria natura emtionis venditionis sequi, sed veluti extrinsecus, alienis de causis, scilicet securitatis, injungi.

Sententiae a me adhuc expositae summam ita comprehendam: Perfectae emtionis venditionis ea est singularis vis ac natura, ut ipso perfectionis actu venditor emtori id praestet, quod ei proxime incumbit, et consistit quidem haec prior praestatio in eo, ut rem venditor paratam sistat, quae in bona emtoris pretium pendentis quovis tempore transeat eamque interea ut propriam emtoris tractet. Altera vero obligationis pars: venditori incumbens praestatio eo tendit, ut per eum emtori mercem habere sine interpellatione liceat.

§ 28. Cujus sententiae, quae emtionis venditionis naturae congruentissima mihi videtur, etiam in ipsis fontibus permulta neque obscura inveniuntur vestigia. Etenim, quod a me jam commemoratum, mirari non debemus, sententiam istam non tam distincte et quasi ex professo ab antiquis ICtis expositam esse, quippe qui veritatem et supremas rationes non disertis verbis exponere, sed duce suo ingenio praeclarissimo singulis in casibus adhibere atque in usum vertere solerent.

Ante omnia animadvertendum est, multis fontium locis dici, id quod peti possit, in bonis creditoris jam quodammodo esse censeri, et locupletiorem fieri creditorem, simulatque crediti jus nactus sit, etiamsi ipsam rem nondum sit assecutus. Ita loquitur l. 49. D. de V. S. (50, 16.): „Bonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus,“ l. 91. D. eod.: „Meorum et tuorum appellatione actiones quoque contineri dicendum est,“ l. 143. eod. „Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem: habetur enim, quod peti potest,“ et l. 15. D. de R. J. „Is qui actionem habet, ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.“ Quae si ad

emtionem venditionem referimus, sine dubio dicendum est, perfecta emtione mercem quasi jam in bonis habere videri emtorem, quippe quum in ejus sit arbitrio, ut pretio oblato mercem illico petat et venditorem in id conveniat. Quam facultatem, quam conditionem venditor ipsa perfecta emtione emtori exhibere videtur; in eo praestationis munus venditori incumbens consistit. Unde etiam hoc intellectu proclive est, quod in l. 10. § 5. D. de jur. dot. (23,3) Ulpianus perfectam venditionem appellatione *impletae* venditionis affecit. Significari enim eo (quum alias „implere contractum" idem est, quod: ad effectum perducere plenissimum, vel consummare) videtur, *perfectae* emtionis graviorem quam alias perfecti contractus, et peculiarem vim ac naturam esse: sicut a multis jam demonstratum est, duo momenta perfectae emtionis distinguenda esse: et ex quo alterutro invito a contractu recedi nequeat, et quo contractus ita ad effectum perduci coeperit, ut commoda et incommoda rei venditae ad emtorem transeant[1]): quae momenta temporis intervallo disjunguntur in conditionalibus venditionibus, quae tum perfici dicuntur, quum impleta est conditio, l. 7. pr. D. de contr. emt. (18, 1), jct. l. 43. § 9. D. de aedil. ed. (21, 1) „Si sub conditione homo emtus sit — nondum perfecta emtio," l. 8. pr. D. de contr. emt., et l. 1. pr. D. de per. et comm. (18, 6) „quasi plenissime veneat, cum fuerit degustatum." In hocce stadio contractae emtionis, quo dicitur plenissima, id vertitur, quod dixi: praestitisse venditorem emtori officium obligationis, quare Paulus rectissime dicit: „Pretium hominis venditi *non ex re, sed propter negotiationem percipi*[2]);" in ipsa enim negotiatione prior praestationis venditori impositae pars et effectus principium continetur.

§ 29. Luculentissimum testimonium alio loco Paulus nobis exhibet, quam vim perfectae id est plenissimae venditioni, et quam conditionem emtori tribuat. Dicit enim in Sententiis receptis lib. II. tit. 31. § 17. „Si res vendita ante traditionem

---

1) Glück, *Erläuter.* XVII. § 1034. p. 151. Schilling, *Lehrb. f. Instit.* III. § 291. N. a — c. — 2) L. 21. D. de hered. vend. (18,4).

subrepta sit, *emtor* et venditor furti agere possunt; utriusque enim interest, rem tradi;" quae sententia, quamquam a Justiniano non est recepta inter leges, aperte tamen evincit, ut singularis illa conditio emtoris, quae ante traditam rem ei sit, agnita et, quemadmodum res emta nec jam tradita ad bona emtoris referenda sit, significatum sit. Quam vendendi significationem, qua dicitur, ita de re disponi, ut, quamquam emtor dominus nondum evaserit, tamen ad bona ejus referatur, etiam in l. 67. pr. D. de V. S. exprimi arbitror; ibi enim verba ea: „Alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet, *venditum* tamen recte dicetur" singulari vi praedita esse perspicuum est: „venditum" id est: non dominium quidem amissum, sed libera juris facultas de re pro mero arbitrio disponendi deposita esse videtur. Etiam clariora fere ea sunt verba, quae Ulpianus Celsum sequens in l. 13. § 17. D. de act. emti vend. (19, 1) in hunc sensum fecit: Fundi, quem tu cum Titio communem habebas, partem tuam quum vendideris, et antequam traderes, coactus sis communi dividundo judicium accipere: eventum hujus judicii, qualiscunque sit, ad emtorem pertinere, quid? quod si tibi totus fundus adjudicatus sit, totum eum emtori praestare te debere, „aequum est enim, *eandem esse conditionem emtoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo,*" quod nihil aliud sibi vult, quam hoc: emtoris re emta necdum tradita eandem esse conditionem, quae domini sit. Haecce eadem est sententia, quae a nobis supra exposita est: venditorem perfecta emtione emtori non dominium quidem (ex jure Romano), sed eandem conditionem praestare, quae ipsius sit domini. Quibus addenda est l. 31. § 1. D. de act. empti (19,1): „Et non solum, quod ipse per eum (scil. servum) adquisii, praestare debeo, sed et id, quod emtor jam tunc sibi tradito servo adquisiturus fuisset." Atque e contrario in l. 39. D. de hered. instit. (28, 5) Marcianus docet, cum venditor servum ante traditionem ab emtore pro parte heredem scriptum adire jubeat („quia lucrum facere ejus servi jure, quem vendidit, non debet," Julianus in l. 38. § 5. eod. dicit) id venditorem debere praestare, quod consequi non potuisset, si, priusquam adiret servus partem hereditatis, is traditus esset, itaque

uti emtor conditionem dominii nanciscatur perfecta emtione, sic venditorem pro nudo detentore mercis haberi coeptum esse.

§ 30. Nec minus apertum est, quod Ulpianus in l. 13. §. 18. D. de act. emti vend. (19, 1) dicit: „Si quid servo distracto venditor *donavit* ante traditionem, hoc quoque restitui debet" scil. emtori pretium solventi. Juris auctoritate quamvis manifesto declaretur, dominum servo suo *donare* non posse, quippe qui proprio jure et capite careat, tamen Ulpianus eam donationem valere statuit, quae a venditore perfecta venditione peragatur; perfecta enim venditione — hoc intelligendum est — venditor, quamquam secundum formam juris dominus manet, quoad materiam juris et effectum nudus detentor esse et servus ad bona emtoris jam pertinere videntur. — Neque eae leges praetermitti possunt, quibus apertissime dicitur, causam, cur dominium apud venditorem remaneat, in securitate venditoris positam esse propter pretium nondum solutum, de qua re conferendae sunt l. 13. § 8. D. de act. venditi (19, 1): „Venditor *quasi pignus retinere* potest eam rem, quam vendidit" (Ulp.), l. 22. D. de hered. v. act. vend. (18, 4), l. 31. § 8. D. de aedil. ed. (21, 1): „Venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emtor satisfaciat" (Marcellus apud Ulp.), l. 14. § 1. D. de furt. (47, 2): „Si (emtor), antequam pecuniam solveret, rem (venditori) subtraxerit: furti actione teneri, perinde ac si pignus subtraxisset" (Ulp.), quemadmodum in l. 15. § 2. D. eod. eum, apud quem res commodata sit, si ob impensas, quas in rem commodatam fecerit, retentionem ejus habuerit, cum ipso domino, qui eam subripiat, furti actionem habere dicitur, „quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit" (Paulus). Etiam hisce omnibus responsis tacitam opinionem inesse liquet: rem venditam jam ad bona emtoris referendam et venditori quasi nudam detentionem esse cum jure, rem pignoris loco retinendi. — Latissime vero haecce opinio e l. 3. D. de peric. et comm. (18, 6) patet, de qua conferenda est supra § 25. Disertis enim hic verbis venditor cum eo comparatur, qui custodiam rei commodatae praestare debet, unde etiam exactior a venditore postulatur diligentia, quam quae in ipsius ab eo adhibeatur rebus. Itaque res vendita ita a venditore tractari debet, quasi domi-

nium ad emtorem jam transierit, non alienata quidem, sed tanquam aliena, non in dominio quidem emtoris, sed bonis ejus destinata atque quasi adscripta. Et in eo, ut denuo repetam, venditoris praestatio consistit, ut in conditionem ejus, qui alieno nomine detineat, quasi se demittat, ut custodiam mercis nunc quasi jam alienae suscipiat eamque emtori in promtu habeat. Non singulo speciali ad hoc efficiendum actu indiget, ipsi enim perfectae emtioni, pro peculiari ejus vi, hic effectus inest; non in externam rerum naturam progreditur, quare res integra ante traditionem esse videtur, sed nihilominus aliquid mutatur, et officiis, quae memoravimus, susceptis venditor obligationi eodem momento, quo eam contraxit, pro altera parte (altera enim in eo consistit, ut rem habere emtori licere praestet) satisfacere videtur, sicuti etiam contractus innominati praestatione et perfici et impleri (a parte praestantis) videntur.[1])

§ 31. Quia ad eam sententiam pervenimus, ut putemus, rem venditam ante traditionem, quamvis in dominio venditoris maneat, tamen ad emtorem jam pertinere, ejusque bonis jam adnumerari,[1]) talis vero juris positio nimis subtilis et paene inextricabilis ne cui esse videatur, ad rem illustrandam analogiam quandam afferam, quae sponte offerri videtur. Quemadmodum in l. 75. D. de jure dot. (23, 3) „Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est,“ et in l. 30. Cod. de jure dot. (5, 12) „ad mariti substantiam dotem pervenisse videri,“ sed „naturaliter in uxoris dominio permanere“ scriptum legitur, ita de re vendita dici potest: In bonis venditoris est et ad substantiam ejus pertinet, tamen emtoris esse et quasi naturaliter in ejus dominium pervenisse videtur. Ac porro e jure dotis constituendae exemplum afferre licet: quemadmodum enim in l. 64. § 6. D. sol. matr. dos quemadm. pet. (24, 3) „(sc. dotem ad maritum) pervenisse accipimus, sive jam exegit, sive exigere potest, quia actio ei delata est,“ et in l. 9. D. de dot. coll. (37, 7): „promissa (a patre dos) est aeris alieni loco; abscessit enim

1) cf. Liebe, *Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proc.* XV. p. 218. 232.

1) cf. L. 49. D. de V. S.

a bonis patris"[2]) scriptum legimus, ita dici potest: res vendita a bonis venditoris abscessit atque ad emtorem pervenit. Quemadmodum denique l. 10. § 2. D. de jure dot. (23, 3), si servi dotales subolem ediderint, mariti lucrum non esse, et l. 7. § 12. D. sol. matr. (24, 3) partem dimidiam thesauri in fundo dotali a marito inventi restituendam esse, *quasi in alieno* inventi, statuunt: sic partum ancillae et thesaurum perfecta venditione inventum (pro parte dominii) ad bona emtoris pertinere vidimus.

§ 32. Duplex esse venditori praestandi officium saepius jam memoravi: unum, quod in ipsa perfecta emtione venditione repositum est, alterum, quod in eo consistit, ut evictionem praestet. Quae praestatio quoniam negativam modo habet vim, in considerationem non pervenit, nisi quando controversia emtori mota res vere evicta est. Simulac vero in controversia mota aut victus emtor, aut ipsi venditori jam ante traditionem res evicta est[1]) (neque enim id quaeritur, utrum ante an post traditionem evincatur res; traditionis actus etiam hic prorsus indifferens est!): dici oportet, venditorem obligationi non satisfecisse[2]) et impediri, quominus eam impleat, quoniam non praestitit, ut rem emtori habere liceat; quare hoc casu emtio venditio exstinguitur et pretium restituendum est, „neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emtor rem amitteret et pretium venditor retineret."[3])

§ 33. Jam igitur circumspectis rebus omnibus rationibusque subductis dici debet: in emtione venditione, quamquam id quidem non dubium est, quin ante rem traditam pretiumque solutum ipso jure dominium ad emtorem non transeat, idem tamen valere, quod in locatione conductione juris esse probavimus, ideoque illam fontium sententiam admodum tritam: locationem et conductionem proximam esse emtioni et venditioni iisdemque

2) L. 28. D. de negot. gest. (3, 5): „Id ei abesse videtur, in quo obligatus est." Cf. etiam supra § 28.

1) L. 33. D. de evict. (21, 2). — 2) cf. Müller, *Lehre des Röm. Rechts v. d. Eviction* p. 7. „*Die Regressklage des Empfängers wegen Eviction gründet sich auf den rechtl. Gesichtspunkt der Nichterfüllung des Vertrags.*" — 3) l. 11. § 18. D. de act. vend. (19, 1).

juris regulis consistere,[1]) etiam in nostra quaestione agnosci atque confirmari. Locationem non constare, si locator (vel operis redemtor) satisfacere prorsus prohibeatur, vidimus; venditionem exstinctam intelligi, si venditori impossibilis fiat praestatio, item vidimus. Quare juris discrimen inter utrumque contractum nequaquam inveniri potest; si vero quid discriminis suppetere videtur, non in jure, sed in facto id consistit; nam in locatione principalis praestatio in eo consistit, ut re per certum tempus vere frui liceat, in venditione duplex praestatio venditoris, altera, ut rem emtoris potestati submittat, suisque bonis quasi avocans bonis emtoris alliget, altera, ut evictionis causa teneatur. Quominus priorem praestationem impleat, impediri nullo modo posse videtur venditor, quia non in facto praestatio consistit; sed interna tamen est jurisque mutatio, et juris effectus ex lege ipsam perfectam venditionem sequitur. Quapropter si venditione contracta, nondum tamen perfecta vel „impleta" (in sensu legis 10. § 5. D. de jure dotium")[2]) res interiit casu, tota evanescit emtio venditio neque pretium venditori debetur.

Neque hoc praetermittendum est, claudicantem exhiberi de emtione doctrinam, si juxta evictionis praestationem traditionis officium ut alteram praestationem principalem poneremus; cujus consequens esset, ut altera praestatione, scilicet traditione, impedita emtio staret, altera vero, nempe evictionis praestatione, impedita nulla esset emtio. Contra vero, nostram sententiam sequentes, rem simplicissimam esse videmus atque id consequimur, ut doctrinam de evictione praestanda communi alicui principio subjiciamus, ei nempe, quod de omnibus mutuis contractibus aequo modo statuendum et legibus rationique congruentissimum esse ducimus.

§ 34. VI. *De societate.* Reliquum est, ut contractum, ad ultimum disputandi finem quasi repositum, perstringam, quippe qui minus simplex esse prioribus videatur. Earum enim praestationum, quae in societate usu veniunt, duplicem esse

---

1) L. 2. D. locati cond. (19, 2), jct. l. 22. §. 3. D. et l. 20. D. eod.

2) Ita si quantitas rerum sic venierit, ut in singulos modios certum pretium diceretur, cf. l. 35. § 5. 6. D. de contrah. emtione (18, 1).

rationem constat: aut operae aut res a contrahentibus sociis (in communem finem) conferuntur[1]), ac praeterea proprium societatis est, utrumque contrahentem in periculi[2]) commodique communionem vocari.

Unde diversa impedimenta praestationum susceptarum cogitari posse satis apertum est. Cujus sit obligatio rerum fungibilium conferendarum, ejus praestatio prorsus impediri haud facile poterit, quoniam genus non perit; itaque ejus socii eadem esse videtur conditio, quam et emtoris et conductoris esse vidimus; ejus autem socii, cui operae vel certae species praestandae conferendaeque sunt in communem finem, multa fingi possunt impedimenta insuperabilia. Nec minus contendere licet, quum inter praestationes societatis causa suscipiendas etiam id referendum sit[3]), ut uterque socius (aut si plures sunt, omnes) partem damni sentiat, fieri posse, quominus hanc alteruter contrahens praestationem impleat. Impedimentum autem hujusmodi praestationis aliter cogitari non potest, quam si socius in fortunarum suarum ruinam ita inciderit, ut communio damnorum ex societate in posterum capiendorum prorsus impedita sit. Et quid his casibus leges statuant, videamus! § 8. I. de societate (3, 26) solvi societatem, „si quis ex sociis mole debiti praegravatus bonis suis cesserit et ideo propter publica aut privata debita substantia ejus veneat" statuit. Eadem praecipiuntur a Gaio (III, § 154. § 8.) et lege 65. § 1. D. pro socio. Quare manifesti juris est, cessante alterius facultate obligationis implendae societatem resolvi. Quod vero eos casus attinet, si alter socius prohibeatur, operas vel rem promissas praestare, v. c. morbo occupatus, vel re ante collationem peremta: nullae nobis exstant leges, quae de hisce casibus normam proponant[4]). Nec

1) cf. Gai. III. § 149 i. f. § 2. I. de societ. (3, 25), l. 52. § 2. 7. D. pro socio (17, 2), l. 1. Cod. eod. (4, 37). — 2) Unum casum l. 29. § 1. D. pro socio (17, 2) excipit. — 3) Susceptionem damni et periculi *praestationis* vicem obtinere atque ita in fontibus comprehendi, ex eo sequitur, quod l. 29. § 1. D. pro socio docet, societatem coiri posse ita, ut alter solus pericula subeat et damna sentiat, siquidem tanta ab altero praestetur industria et opera, quibus exaequari amborum officia et praestationes videantur. — 4) Etiam l. 58. pr. D. pro socio, quae statuit, societate a te, qui

vero quidquam obstat, quominus putemus, idem hic juris ratione dictari, quod de venditore et locatore valere intelleximus. Itaque quum alter socius faciendi obligationem, operas susceperit, et quominus eas praestet, rerum natura impediatur: neque alterum obligatum manere putandum est, sicut locatore operarum impedito locationem conductionem resolvi vidimus; alter vero ad rem in communem usum (per certum tempus) praestandam obligatus, quum impediatur, quominus ut uti frui liceat praestet, societas non manebit[5]); altero denique ad rem certam in dominii communionem praestandam obligato, et postquam de specie praestanda jam convenerint socii, quominus obligationem impleat, impedito, idem valere existimamus, quod de emtione venditione diximus; res enim praestanda, quum jam destinata fini societatis sit et obstricta, mero domini arbitrio, quamquam tradita nondum est, exemta, et interiens societati interire censenda est. Praeterea vero ne praetermittamus, quod in societate et propter periculi damnique communionem et quia singularis communionis finis singulares nexus ac vicissitudines saepissime procreat[6]), alienae a nostra quaestione causae existere possunt, quibus coita societas resolvatur. Imprimis id tenendum esse videtur, societatem non eodem dici posse sensu *mutuam* obligationem, quo ceteri contractus dicantur; quamvis enim ab utraque parte aliquid praestandum sit, tamen altera praestatio alterius compensatio (*Aequivalent*) vix dici potest.

---

tres equos haberes, et a me, qui unum haberem, quadrigae communicandae ita coita, ut tu quidem tres partes haberes, ego quartam, si equus meus moriatur, nos socios manere — ad nos non pertinet, quia supponit ICtus, equum jam in societatem collatum, ideoque una ambobus sociis interiisse censere oportet. Quod ita esse, ex eo apparet, quod Ulpianus ad alteram legis speciem transiens dicit: „Ceterum si id actum dicatur", ideoque aliud modo consilium, eandem vero facti speciem fingit; in priore autem casu Ulpianum supposuisse, equum jam traditum esse, ex eo colligendum est, quod dicitur: „contulit" — „accepto equo meo" et „ante venditionem". — 5) L. 58. pr. cit. non communionem usus spectat, sed communicationem eam, qua uterque partem habeat ideoque uterque condominus existat. — 6) cf. Wächter, *Archiv f. civil. Pr.* XV. p. 206.

SECTIO III.

Qualis esse videatur norma generalis, ex qua quaestio nostra in singulis contractuum speciebus decisa sit?

§ 35. Quaestionem nostram propriam mutuis obligationibus esse, atque ideo, si quid principii omnino esse credendum sit, hoc ex peculiari mutuarum obligationum natura et ratione colligendum esse, supra jam memoravi. Quaestio enim cum haecce sit, quamnam vim alterius praestationis impedimentum insuperabile in alterius contrahentis obligatione habeat, nemo facile dubitabit, quin haec vis et efficacia ex eo pendeat, quemadmodum mutuae istae praestationes inter se connexae sint.

In emtione venditione, locatione conductione non duo separati contractus suppetunt, sed unus idemque obligationis nexus est, complures partes, „ultro citroque obligationem" complectens; sic emtio venditio non ex duabus donationibus consistit[1]): certae speciei et pretii certi, sed est contractus de specie pro certo pretio praestanda, habemus duas obligationes quasi in unum juris corpus connexas, in unam formam conflatas, uterque contrahens contrahendo alterius mutuam praestationem ita respicit, ut tacita contractui inesse videatur conditio, ut etiam alter praestet. Nec tamen haec vis de expressa contrahentium voluntate proficiscitur, sed ipsi negotio tacite inest; natura mutui contractus ipso jure ea est, ut altera praestatio alterius conditio sit, sicuti dos nulla est nisi matrimonio interveniente et doti simpliciter constitutae tacite adjecta esse juris conditio videtur: siquidem matrimonium contrahatur. Uti is, qui dotem constituit, matrimonium exstiturum esse supponit, et haec suppositio negotii totius est tacita conditio (s. juris conditio): ita uterque mutuam obligationem contrahens praestationi suscipiendae se adstringit supponens, alterum vice versa non minus praestitu-

---

1) Sicut v. c. l. 7. § 2., l. 32. § 14. D. de donat. int. v. et u. (24, 1) et l. 26. D. de m. c. donat. (39, 6) mutuae donationes memorantur. — Quare Romani talem obligationem mutuam non duabus stipulationibus, sed nudo consensu contrahendam esse existimabant. Cf. von der Pfordten, *Abhandlungen* p. 242. et 248.

rum esse: quae permutatio (*Austausch*) duarum praestationum principium contractuum mutuorum, summa eorum lex esse videtur (*die Natur einer jeden Leistung als Aequivalent der anderen*), et tacita est conditio, ut altera praestatione altera compensetur. Quum quis spe ductus, alterum remunerationis causa quid retro donaturum esse, commodum in hunc contulerit, spes ea nihil est nisi stimulus et causa agendi, scil. donandi, nec tamen conditio donationi adjecta[2]); nec juris vinculum inter donationem impertitam et speratum remunerationis praemium agnosci potest. Contrariam vero mutui contractus esse naturam[3]), intellectu perquam proclive est.

§ 36. Habemus etiam legem, quae principium nostrum satis aperte probare videtur; in l. **11.** § **18.** D. de act. emti (**19**, **1**) Ulpianus quaestione proposita, is qui habere licere vendiderit rem, quid praestare debeat, docet: „et si aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine praestitum iri, pretium quidem deberi re evicta (utilitatem non deberi). *Neque enim bonae fidei contractus* (contractus bilateralis!) *hac patitur conventione, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret*", ac deinde pergit: nisi forte expresse ita conventum sit, ut pretium, id est altera praestatio, ad omnem eventum et sive contraria praestatio eveniat, sive deficiat, solvatur; hic enim, etiamsi nihil capiat, nihilominus emtorem pretium praestare necesse habere, quia emtio sit spei. Praestationem, ut habere liceat rem emtori, ad implendam vel consummandam obligationem venditoris pertinere vidimus; itaque si Ulpianus dicit, pactum conventum, quo, etiam altero contrahente mercem praestare prohibito, tamen alterum ad pretium praestandum teneri definiatur, nullum et inutile esse: nihil aliud proponit, quam quod in principio a nobis exposito edictum est, altero ex contractu bonae fidei nihil capiente neque alterum quid percipere, ideoque contractum dissolvi fas esse. Et quum Ulpianus addat:

---

2) cf. l. 65. § 2. D. de cond. ind. (12, 6), l. 3. § 7. D. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4). — 3) Liebe, *Zeitschr. f. Civ. R. u. Proc.* XV. p. 210. 234. Glück, *Erläuter.* IV, p. 374.; l. 19. D. de V. S., l. 17. § 3. D. commodati (13, 6).

„neque bonae fidei contractus patitur", illam sententiam e communi natura omnium contractuum bonae fidei (imprimis igitur contractuum bilateralium) ab eo derivatam esse elucet.

§ 37. Operae pretium esse videtur, ut, quemadmodum in recentioribus legum civilium codicibus natura contractuum bilateralium comprehensa sit, inquiramus. Jus territoriale Borussorum[1]) constituit, rerum natura obstante, quominus alter contrahens obligationem impleat, contractum nullum esse. Codex civilis Napoleonis[2]) „contractibus synallagmaticis", id est bilateralibus, eam conditionem tacitam inesse, ut, si alter obligationi non satisfaciat, alter aut contractum resolvat, aut si fieri possit, satisfactionem agendo extorqueat: cui sanctioni ea inhaeret sententia, altero rerum natura quominus praestet impedito contractum dissolvi alterumque obligatione liberari. Codex legum civilium Austriacus[3]) licet quaestionem nostram non ex professo decidit, tamen generaliter definit, debitorem id quod pro obligatione implenda acceperit, restituere debere, si casu impediatur, quominus eam impleat. Quam sanctionem quominus ad contractus bilaterales referamus, nihil obstat, et sola est norma, quam ad qnaestionem nostram decidendam codex ille exhibet.

Itaque gravissimis recentioribus legum civilium codicibus sine discrimine eam normam observari, quam equidem proposui, vidimus.

SECTIO IV.

De regula a nobis proposita in contractus innominatos applicanda agitur.

§ 38. Disquisitionis nostrae argumentum hoc est: in contractibus mutuis altero contrahente obligationem praestare

---

1) *Allgem. Landrecht* Th. I. Tit. 5. § 364. 365. Legislatores a falsa emtionis venditionis conceptione proficiscentes sententiam supra memoratam ita adhibuere, ut etiam si res emta ante traditionem pereat, venditionem rescindi constituerent; cf. l. c. Tit. 11. § 100. — 2) Liv. III. Tit. 3. § 1184. — 3) *Allgem. bürgerl. Ges.-B.* Theil III. Hauptst. 3. § 1447.

prohibito, nulla ipsius culpa interveniente, si impedimentum ab ipsius parte profectum sit, alterum obligatione liberari ideoque totum obligationis mutuae nexum exstingui. In locatione conductione quum praestatio locatoris in eo consistat, ut alteri potestas rei vel operis utendi per certum tempus fiat, itaque contractus ineundi et implendi diversa sint tempora, diversi externi actus, merces non debetur, si ipse locator impeditur, quominus potestatem illam conductori faciat; in emtione venditione, quoniam pro ejus natura contractus ineundi et implendi pro parte idem est tempus idemque factum, ideoque vix fieri potest, ut post perfectum contractum implendi impedimentum exsistat: dicere debemus, pretium deberi, etiamsi merx vendita propter impedimentum naturale tradi omnino non possit, quum praestita jam esse videatur perfecta emtione, ideoque impedimentum tale praestationis efficiendae impedimentum esse non videatur.

Quae ratio quum non locationis et venditionis propria et peculiaris sit, sed in generali mutuarum obligationum natura et fundamento posita esse videatur, in omnibus ejusdem generis contractibus observanda est. Quare dici debet, in omnibus contractibus, qui alteri contrahenti necessitatem imponant, alteri usus rei vel operarum potestatem faciendi, atque ita ad exemplum locationis conductionis referantur, eodem modo rem sese habere, quo in locatione conductione; contra vero in contractibus, qui ad exemplum venditionis trahantur, hujus contractus rationem esse respiciendam.

Nulla alia in contractibus innominatis observanda esse regula mihi videtur. Quorum notissimae sunt quatuor illae formulae ex dandi faciendique verbis compositae. In obligationibus dandi (si species praestanda est) ad emtionis venditionis instar, in obligationibus faciendi ad locationis conductionis exemplum judicandum erit. Quamvis eorum sententia, qui nonnisi eos probandos esse contractus innominatos, qui ad formam alicujus e contractibus nominatis ficti sint, omnino putant [1], vera mihi non videatur esse: tamen negari non potest, jam inter ICtos Romanos fuisse, qui aliquam similitudinem contractuum nomi-

1) Erxleben, De contr. innom. indole ac natura, p. 208.

natorum respicerent [2]), et contractus innominatos ad analogiam nominatorum dijudicari solitos esse. Quare nihil obstat, quominus eas regulas, quas de contractibus nominatis valere intelleximus, quatenus naturae atque indoli contractuum innominatorum non contrariae sunt, ad hos referamus.

§ 39. Observanda tamen est peculiaris contractuum innominatorum ratio, ut saepissime jam recte a juris interpretibus est monitum. Non nostrum est, hic inquirere, quibus in contractibus innominatis jus poenitendi, quod dicitur, locum habeat; commemorasse satis est, ubi locum habeat, ibi nostram regulam non adhiberi, quoniam is, qui praestitit, ex mero arbitrio de contractu recedere potest. Ac praeterea non est praetermittendum, perfecti contractus momentum non in consensu contrahentium verti, sed necesse esse, alterum e contrahentibus re vera praestitisse, quod promiserit. Itaque quaestio nostra in contractibus innominatis ita comprehendi debet, possitne is, qui obligationi jam satisfecerit, altero praestare omnino prohibito, quod dederit, repetere? Et responsio secundum ea, quae dicta sunt, haecce danda esse videtur: Si is, qui jam praestitit, factum, operas, usum rei stipulatus sibi sit, repetere potest, quod praestitit (si fieri id omnino potest; nam si factum est praestitum, natura rei obstat repetitioni); contra vero, si, qui praestitit, speciem sibi stipulatus sit, quae postea, antequam praestatur, interiit, repetere non licet, quia eo momento, quo altero praestante contractus perfectus est, res promissa quasi jam e bonis debitoris abscessisse et ad creditorem pertinere videtur, eo sensu, qui supra est, ubi de emtione venditione sermo erat, demonstratus.

Non propositum mihi est, omnes opiniones, quae de quaestione nostra in contractus innominatos relata propositae sunt, pertractare; cohaeret enim judicium in hac re cum ea opinione, quam quis de doctrina contractuum innominatorum omnino habet. Earum legum, quae hic respici solent, tam variae propositae sunt interpretationes, tamque ingeniosis ab utraque parte argumentis munitae sunt, ut nova interpretatio, novum argu-

---

2) cf. Schilling, *Lehrb. f. Institut.* III. § 324 k.

mentum cogitari vix possit. Meum non est, acta agere, nec dubito profiteri, in nulla ex iis legibus, quibus disputantes innituntur, perfectum absolutumque exhiberi mihi videri testimonium unius alteriusve sententiae, quia alia semper cogitari certe interpretatio potest, vera necessitas hoc illud existimandi urgere non videtur, ultima potius decidendi ratio, ut jam monui, ex analogia contractuum nominatorum est sumenda. Quare in eo acquiescam, ut memorem, me in tribus illis legibus, quae in considerationem hic vel maxime veniunt [1]), interpretandis eam prosequi sententiam, quam de Wächter [2]) et de Vangerow [3]) proposuerint. Rei enim congruentior esse videtur nec generali regulae a nobis propositae contraria est, quia exempla in iis exposita ad argumentum emtionis venditionis ducenda sunt. Loci, qui ad exemplum locationis conductionis trahantur, clari et indubitati non exstant; plerique, qui hic citari solent, non contractus (innominatos) mutuos continent, sed donationes sub modo, quarum natura a quaestione nostra aliena est.

Denique memorandum est, quum hodie omnes contractus nudo consensu perficiantur, itaque tota de contractibus innominatis doctrina evanuerit, eam regulam, quam in locatione conductione, in contractu emphyteuticario, in emtione venditione valere demonstravimus, in omnibus contractibus, qui omnino fingi et usu venire possunt, sine ulla dubitatione adhibendam esse. Neque hoc latius exponere opus est, quoniam omnibus probata est haec sententia.

---

1) L. 5. § 1. D. de praescr. verb. (19, 5), l. 10. Cod. de cond. ob c. d. (4, 6); l. 16. D. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4). — 2) l. c. p. 217. — 3) l. c. p. 218 sq.